



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

SILVANA ARANTES SANTOS

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CASO AIR

FRANCE: ANÁLISE DE PRECEDENTES.

Brasília - DF

2014

SILVANA ARANTES SANTOS

**EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CASO AIR
FRANCE: ANÁLISE DE PRECEDENTES.**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como uma das matérias para conclusão do
curso de Pós-graduação de Direito em As
Novas Tendências do Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. André Gontijo

Brasília - DF

2014

DEDICATÓRIA

Dedico todo esse trabalho a Deus, aos meus pais Edite Arantes Carneiro Santos e Silvanio Barbosa dos Santos, por serem os alicerces da minha vida, pelo incentivo, cooperação, paciência, dedicação e apoio em todos os momentos e especialmente nesta importante etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Deixo aqui os meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para realização deste trabalho.

A Professora Larissa de Paula Gonzaga e Castro pela sugestão do tema.

Ao meu orientador André Gontijo, meus agradecimentos em especial, pela ajuda tranquilizante, pelo tempo a mim dedicado, pela confiança, gentileza e carinho, minha indescritível gratidão, por tudo.

Aos meus amigos e colegas de curso pelas excelentes discussões, conselhos e explanações preciosas. Cada um presente na minha vida contribuiu de alguma forma para a minha formação pessoal, acadêmica e profissional.

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para entendermos o tema, iremos abordar os conceitos dos direitos fundamentais, seguido das perspectivas subjetiva e objetiva, trazendo então as eficácias dos direitos fundamentais, aprofundando na eficácia horizontal, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Buscando entender o caso da Air France – RE 161.243-6/DF, demonstrando que cabe ao Estado não só respeitar, mas, ainda, assegurar a observância do regular cumprimento das normas de direitos fundamentais, sejam eles violados pelo Estado, ou por outros particulares.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; eficácia vertical; eficácia horizontal; Air France.

ABSTRACT

This paper studied the horizontal effect of fundamental rights. To understand the issue, we will address the concepts of fundamental rights, followed by subjective and objective perspectives, then bringing the efficiencies of fundamental rights, deepening the horizontal effect, ie, the application of fundamental rights in relations between individuals. Seeking to understand the case of Air France - RE 161.243-6/DF, demonstrating that the state must not only respect, but also ensure that the regular meeting standards of fundamental rights, whether they are violated by the state or by other individuals.

KEYWORDS: fundamental rights; vertical effectiveness horizontal effectiveness; Air France.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa circunscreve-se no âmbito da aplicação da eficácia horizontal nos casos, averiguando as transformações vividas pelas sociedades a partir das dificuldades para resoluções de problemas levados à justiça por particulares que geraram a interferência do Estado nessas questões privadas, criando-se a eficácia horizontal das decisões baseadas em direitos fundamentais.

Desta forma podemos analisar a eficácia horizontal que tem uma aplicação cada vez maior nos casos entre particulares devido à evolução da sociedade, não se sustentando mais a justa posição entre o direito constitucional e o direito privado, pois agora existe entre eles uma relação de complementaridade e dependência.

O presente estudo propõe entender a problemática dos casos em que ocorrem a horizontalidade da aplicação dos princípios de direitos humanos e quando ocorre essa colisão entre os princípios, como é feita a distinção entre os princípios. Iremos passar do direito a proteção ao patrimônio e à família, a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de expressão e com foco no princípio da igualdade, analisando juntamente com o Estudo De Caso: Air France - Re 161.243-6/DF.

Os objetivos do presente trabalho são: averiguar se uma pessoa jurídica estrangeira de direito privado deve se submeter às regras e princípios do Estado em qual ela está atuando; a interferência estatal nas relações privadas e se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é algo positivo.

Para alcançar esses objetivos, foram utilizados dados de origem didática e comparativa por meio de livros, artigos publicados, jurisprudência, revistas eletrônicas, sites da internet, teses e dissertações sobre o assunto, especialmente precedentes jurídicos, entre outros, no intuito de averiguar a opinião de diferentes juristas e estudiosos sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação em países como Alemanha, Estados Unidos da América e Brasil.

A presente análise de caso visa determinar sob a ótica acadêmica

como é feita a ponderação dos princípios para a solução dos casos concretos

Do ponto de vista social, a conclusão do tema contribuirá para as pessoas entenderem que apesar de um princípio não ter uma força maior que o outro, ou ser mais importante, existe alguns que são mais utilizados para a apreciação dos temas nos casos reais, rompendo também o paradigma que a interferência estatal sempre é algo negativo, pois no caso em questão a proteção gerada é muito benéfica.

Já pelo ponto de vista pessoal, o interesse por esse tema começou da necessidade de estudar os casos emblemáticos do STF para entender a posição do próprio Supremo em relação à Constituição Federal, de entender como cada conteúdo e especialmente os direitos fundamentais são conduzidos pelos nossos ministros.

Cada caso traz uma percepção diferente sobre o mesmo tema de direitos fundamentais, mas cada um sobre um direito específico. São ângulos diferentes que ao final se completam e trazem uma clareza no pensamento, entendendo melhor o legislador da nossa Constituição Federal de 1988.

Consequentemente a essa análise, questionamos a possibilidade efetiva de aplicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em específico o do direito da igualdade, no caso em estudo, Air France - Re 161.243-6/DF.

No caso, o recorrente Joseph Halfin, empregado da Air France por 34 anos, insurgia-se contra a decisão do Tribunal Superior do Trabalho que permitia à ex-empregadora do recorrente, a empresa Air France, a não aplicar o Estatuto Pessoal da empresa à relação de trabalho de Halfin, unicamente pelo fato do recorrente ser brasileiro, e não francês.

O presente trabalho foi então estruturado em 3 capítulos.

No primeiro capítulo, apresentamos as noções dos direitos fundamentais, englobando os conceitos e as perspectivas subjetiva e objetiva; o segundo capítulo proporciona uma análise sobre as eficácias dos direitos fundamentais e as repercussões nos precedentes alemães, americanos e brasileiros; no terceiro capítulo, apresentamos como estudo de caso a análise do RE 161.243-6/DF sob relatoria do Ministro Carlos Velloso em que questionamos a possibilidade efetiva de aplicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em específico o da

direito da igualdade, apresentando os resultados da pesquisa realizada com uma comparação das teses das partes recorrente e recorrida, assim como as utilizadas nos votos.

Entendendo-se que é possível a aplicação, uma vez que houve uma discriminação contra todos os cidadãos brasileiros ao um deles ter seus benefícios reduzidos exclusivamente devido à nacionalidade, sendo que a empresa estrangeira atua no Brasil; esta, portanto, deve adequar os seus contratos sob o regime da Constituição Brasileira e respeitar os direitos fundamentais ali elencados.

.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. NOÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 Os direitos Fundamentais	11
1.2 A Perspectiva Subjetiva.....	13
1.3 A Perspectiva Objetiva	14
2. AS EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
2.1 Eficácia Vertical.....	16
2.2 Eficácia Horizontal	17
2.3 Repercussão nos Precedentes	22
2.3.1 Precedentes Alemães	22
2.3.2 Precedentes no Brasil.....	25
2.3.3 Precedentes nos Estados Unidos da América.....	28
3. ESTUDO DE CASO E ANÁLISE CRÍTICA – AIR FRANCE - RE 161.243-6/DF	32
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	45

1. NOÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode-se conceituar de um modo amplo, os direitos fundamentais como àqueles direitos inerentes à proteção do ser humano frente ao governo e que são reconhecidos pelo Estado.

No Brasil, estes foram elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no artigo 5º, no qual estão previstos os direitos e deveres individuais e coletivos. No entanto, existem outros direitos fundamentais, uma vez que estes se modificam e aumentam à medida que o mundo vai evoluindo, desta forma não restringindo-se aos positivados na nossa Constituição.

Canotilho em sua concepção aduz que os direitos fundamentais são aqueles essencialmente ligados ao homem individual.

“(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002).

Para o doutrinador Ingo Wolfgang SARLET é necessário existir uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais para entendermos os limites de cada um.

Em que pese seja ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).(SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36).

Márcio José Barcellos Mathias (2006) nos traz a opinião que a despeito de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, não poderão tais conceitos serem entendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente.

Novamente SARLET nos elucida sobre o tema.

“Que importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as

judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40).

Bobbio (1992) mostra que uma das dificuldades de conceituar os direitos fundamentais versa na própria história dos Direitos Fundamentais que estão em constante alteração, uma vez que as condições de cada época definem os interesses e necessidades da sociedade. Desta forma, os direitos fundamentais acabam por ser considerados direitos relativos, não lhes cabendo a imputação de um fundamento absoluto.

Assim, podemos verificar que os direitos fundamentais são constituídos por regras e princípios, positivados constitucionalmente, cujo rol não está limitado aos dos direitos humanos, que visam garantir a existência digna (ainda que minimamente) da pessoa, tendo sua eficácia assegurada pelos tribunais internos, como explana Viegas, Rabelo e Poli (2013)

Conclui-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos que ostentam maior importância, devendo ser reconhecidos por qualquer Constituição.

1.2 - A PERSPECTIVA SUBJETIVA

Segundo Marcos Sampaio, reconhecer uma dupla dimensão aos direitos fundamentais é considerar que eles se apresentam como direitos subjetivos individuais essenciais à proteção da pessoa humana, bem como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico. (http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/dimensoes_subjetiva_objetiva)

Segundo o autor do artigo publicado no site do lfg os direitos fundamentais geram direitos subjetivos aos seus titulares, permitindo que estes exijam

comportamentos, negativos ou positivos, dos destinatários. (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9142)

O professor João Mendes nos ensina que “os *Direitos Fundamentais conferem aos seus titulares o poder jurídico de exigir algo. Esse algo pode ser uma abstenção, pode ser uma conduta comissiva, pode ser a possibilidade de participar na formação do processo político etc. Implica no reconhecimento de um poder ao titular de exigir algo e na hipótese de não cumprimento espontâneo pode ir, inclusive, a juízo fazer valer a sua pretensão.*” (<http://professorjoaomendes.com.br/blog/?p=262>)

O que se conclui é que a perspectiva subjetiva possui um direcional no indivíduo, na pessoa que é o titular do direito para determinar um certo tipo de comportamento. Devendo este indivíduo lutar pelos seus direitos e garantias.

1.3 - PERSPECTIVA OBJETIVA

Leonardo Rodrigues dos Santos (2009) pontua que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais assenta-se na constatação de que eles não se limitam à única função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que também irradiam valores e fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. (<http://jus.com.br/artigos/13149/a-perspectiva-objetiva-dos-direitos-fundamentais>)

Concorda-se que os direitos fundamentais como direitos objetivos constituem as “bases da ordem jurídica da coletividade” (HESSE, 1998), pois estes fornecem as diretrizes que estrutura-se todo o direito em que a sociedade funda o Estado.

O autor Leonardo Rodrigues dos Santos (2009) nos traz que os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva não condicionam apenas a atuação Estatal, mas também a sociedade, que se constitui, em tese, por uma ordem jurídica, política,

e valorativa representativa da vontade de seus membros. Portanto, Estado e sociedade devem reconhecer a carga axiológica emanante dos direitos fundamentais.

(<http://jus.com.br/artigos/13149/a-perspectiva-objetiva-dos-direitos-fundamentais>)

Na análise de Canotilho: “Fala”-se de uma fundamentação objetiva de uma norma consagrada de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. P. 1124).

Portanto, a perspectiva objetiva complementa a perspectiva subjetiva, já que a objetiva não aguarda a luta do indivíduo pelos seus direitos ou que eles sejam simplesmente respeitados. A dimensão objetiva entende que o Estado deve fornecer a proteção necessária contra os próprios atos estatais, das lesões ocorridas entre decorrente de terceiros e ainda dos atos ocorridos entre os particulares levados à justiça.

2. AS EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria da perspectiva objetiva gera duas principais eficácias para o ordenamento jurídico, sendo estas a eficácia horizontal e a eficácia vertical.

2.1 – A Eficácia Vertical

Carla Santos nos elucida sobre o tema da eficácia vertical.

A "Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais" diz respeito à aplicabilidade dos direitos fundamentais como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e de impedir interferência estatal na vida privada. Desta forma, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o poder público não se discute. Como por exemplo, certamente, em um concurso público deverá ser obedecido o princípio da isonomia. (SANTOS, Carla Maia dos. Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais? Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 16 de novembro de 2008).

A Constituição disciplinava somente as relações entre o Estado e os particulares, em um Estado liberal, enquanto que o Código Civil regulamentava as relações entre dois entes (pessoa jurídica ou pessoa física) privados.

Carla Maia dos Santos continua dizendo que os direitos fundamentais funcionavam como limites à atuação dos governantes em favor dos governados tratava-se de direitos públicos subjetivos, oponíveis em face do Estado. No Direito

Privado o princípio fundamental era o da autonomia privada, ou seja, a liberdade de atuação dos particulares, que deveriam pautar suas condutas apenas nas leis civis. (SANTOS, Carla Maia dos. *Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?* Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 16 de novembro de 2008).

Sobrevêm mudanças na sociedade e conseqüentemente na maneira de analisar as relações sociais em relação ao direito privado.

2.2 - A Eficácia Horizontal

Para entender a eficácia horizontal, é necessário conceituá-la em partes.

De acordo com HESSE (2001, p. 70), praticamente não se sustenta mais a justa posição entre o direito constitucional e o direito privado, uma vez que existe entre eles uma relação de complementaridade e dependência.

Para continuar a entender esses princípios e a eficácia horizontal, é bom ressaltar a visão do professor João Trindade (2010, p. 9), que explica que existem 3 teorias sobre a origem da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A primeira dela é a dos Estados Unidos (as teorias da state action e da public function), que não aceita a eficácia horizontal, apenas a vertical. Uma vez que a Suprema Corte deles considera que os direitos humanos fundamentais só serão exigíveis nas relações da parte privada com o poder público (state action) ou, no mínimo, com um particular que desenvolva atividade claramente pública (public function theory).

Já a segunda teoria, a da eficácia indireta e mediata, nas palavras do autor

João Trindade (2010, p. 9, 10).

Para os partidários dessa teoria, os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre os particulares, mas apenas de forma indireta (mediata), por meio das chamadas cláusulas gerais do Direito Privado.

Em outras palavras: a regra geral, no Direito Privado (relações entre os particulares), seria a autonomia privada; os direitos fundamentais incidiriam apenas por meio de cláusulas gerais existentes no próprio Direito Privado, como ordem pública, liberdade contratual, boa-fé, etc.

Exemplificando: se alguém aderir ao estatuto de uma associação, e essa norma prever a possibilidade de exclusão sumária, tal regra seria admissível, pois derivou da autonomia privada do associado em aceitá-la. O direito à ampla defesa não incidiria diretamente na relação entre o associado e a associação, mas apenas de forma indireta (mediata), quando, v.g., a associação tomasse uma posição contrária à boa-fé objetiva, induzindo o associado a crer que tal norma não seria aplicada: nessa situação, a cláusula geral da boa-fé autorizaria a incidência (indireta) dos direitos fundamentais.

No dizer do Tribunal Constitucional Alemão, os direitos fundamentais serviriam como uma “eficácia irradiante” sobre a interpretação do Direito Privado, mas não incidiriam diretamente nas relações particular-particular.

Foi à posição que o Tribunal tomou no julgamento do já citado Caso Lüth.

Essa teoria é incompatível com a Constituição Federal do Brasil de 1988,

uma vez que o artigo 5º, §1º, prevê que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Já a terceira teoria, a da eficácia direta e imediata, é a aceita pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse ensinamento, é dito que os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações entre os particulares. A eficácia direta é aquela

em que os direitos fundamentais não são matérias de direito para a defesa da tese perante o tribunal nos casos concretos, mas sim são regras de adequação para o convívio social.

Conforme ensina Andréia Galiza (2011, p74), a teoria da eficácia imediata/direta comporta a tese de que os direitos fundamentais (não todos), por expressarem valores que dizem respeito a toda ordem jurídica, aplicam-se diretamente às relações regidas pelo Direito privado, seja em face do postulado da força normativa da Constituição ou do princípio da unidade do ordenamento.

De certa forma, a teoria tenta estabelecer alguma hierarquia na aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais, caso cuide-se ou não nas relações que envolvam, em um dos polos, particulares dotados de poder político ou econômico.

No entanto, a teoria direta assegura que os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, como explica NARANJO DE LA CRUZ (2000, p.215) os sujeitos privados titularizam direitos fundamentais uns frente aos outros, e, desta forma, acarreta a proibição de ofensas a tais direitos quando das avenças contratuais.

Quanto à teoria mediata ou indireta, os direitos fundamentais são

aplicados de maneira reflexa, seja dentro de uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais ou, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam se aplicar às relações privadas. (GOMES, 2005).

A base de entendimento desta teoria é que se houver uma aplicação direta dos princípios para a intervenção nas relações particulares, consequentemente haverá redução do princípio que lidera a vida privada, o princípio da autonomia da vontade, vez que o poder judiciário teria um poder maior do que aquele que lhe compete e sem controle por outro poder, deixando que os magistrados pudessem fazer o que quisessem em relação às partes.

Desta forma, o autor Guilherme Pena Moraes entende que esta teoria.

Afasta a aplicação privada dos direitos fundamentais, independentemente de mediação dos órgãos legislativos, com a finalidade de preservar a autonomia da vontade, a harmonia entre os Poderes e a identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo Direito Constitucional (MORAES, 2008, p. 502).

Sarmiento explica que o simples fato de não existir uma regra específica pela matéria ou quando havendo, esta estiver divergente dos valores constitucionais, não obsta a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que se assim o fosse, a Constituição Federal estaria servido de depósito de conselhos ao Legislativo. (SARMENTO, 2010, p.209)

Em caso prático, pode-se dizer que a origem da eficácia horizontal veio com o histórico caso Luth que foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958.

O autor conta que nesse julgamento foi reconhecido que os direitos

fundamentais não possuem apenas a função de constituírem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas, também, consistem em decisões valorativas de natureza objetiva da Constituição, produzindo eficácia em relação a todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. (SARLET, 2007, p. 168).

2.3 - REPERCUSSÕES NOS PRECEDENTES

2.3.1 – Precedentes Alemães

Pode se considerar o primeiro grande caso que demonstrou bem essa eficácia o caso que o Tribunal da Federal do Trabalho Alemão julgou. Trata-se de uma mulher que trabalhava em um hospital com o intuito de se tornar enfermeira, e para isso realizava um tipo de curso de enfermagem para a sua formação, uma espécie de emprego-curso. Na cláusula contratual dispunha que em caso de contração de matrimônio, o empresário poderia extinguir a relação de trabalho e emprego. E, assim o empresário fez após a mulher se casar.

Desta forma, a senhora ajuizou uma ação aduzindo que essa dispensa vulnerava os seus direitos fundamentais previstos da Lei Fundamental de Bonn, sendo eles a proteção ao patrimônio e à família, a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade.

O Tribunal Federal do Trabalho Alemão deu provimento á ação em 1957, declarando nula a cláusula contratual acima mencionada com fundamento que tal dispositivo feria e deixava vulneráveis os direitos fundamentais.

Outro caso marcante na história foi o julgado pelo Tribunal Territorial do Trabalho de Hamm, em que um farmacêutico obrigou contratualmente uma empregada a tomar pílulas contraceptivas. Nesse sentido, o empresário queria burlar a regulação da lei que protege a maternidade da empregada.

Novamente uma cláusula contratual foi considerada inválida, uma vez que violava os direitos fundamentais e os deixavam vulneráveis os princípios da dignidade da pessoa humana, o livre

desenvolvimento da personalidade e a proteção do matrimônio e da família. (GALIZA, 2011, p.74 em MUNCH, 1997, p.36).

No entanto, o caso mais marcante da história alemã e impactante para o mundo ao aplicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é o CASO LUTH (LÜTH-URTEIL) de 15/01/1958.

Conforme explica o alemão JÜRGEN SCHWABE em sua obra Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, traduzido por Leonardo Martins (2005), este é o caso sobre o cidadão alemão Erich Lüth (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo) conclamou todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “Jud Süß”, de 1941).

(...) Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG. (...) (Schwabe, Jürgen, CINQUENTA AÑOS DE JURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO, http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf)

De acordo com a Lei Alemã, o Artigo 5 I 1 GG nos traz que toda a pessoa tem o direito de expressar livremente as suas opiniões no discurso, escrita e fotos e distribuir e se informar, sem impedimentos a partir de fontes de acesso geral. Deve ser garantida a liberdade de imprensa e liberdade de informação por meio de transmissões e filmes. Censura não ocorre.

Jürgen continua explicando que o reclamante tanto recorreu com apelação da sentença proferida junto ao Superior Tribunal Estadual de Hamburgo, como impetrou uma Reclamação Constitucional, na qual argüiu violação de seu direito fundamental à livre expressão do pensamento (Art. 5 I 1 GG), uma vez que ele teria feito crítica moral e política em face do comportamento de Harlan e das sociedades cinematográficas, a qual foi levada pra o Tribunal Constitucional Federal.

(...) O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da Drittwirkung e Ausstrahlungswirkung (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (Wechselwirkung), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil. (Schwabe, Jürgen, CINQUENTA AÑOS DE JURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO, http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf)

Assim, o Tribunal Constitucional Federal chegou à convicção de que o

Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG. (Schwabe, Jürgen). Dessa forma, a sentença proferida pelo Tribunal Estadual de Hamburgo foi revogada pelo TCF.

2.3.2. Precedentes nos Estados Unidos da América

Em 1905, nos Estados Unidos da América – EUA ocorreu o famoso caso *Lochner v. Nova Iorque*, que acabou por cristalizar as doutrinas liberais do *laissez-faire*. Em suma, no exercício do poder de polícia o estado de Nova Iorque havia limitado em dez horas diárias o trabalho de padeiros. Desta forma, *Lochner*, proprietário de uma padaria, violou a lei, contratando padeiros que trabalhavam overtime, excedendo às dez horas. Naquela época a liberdade de contrato era considerada regra geral, e entendia-se que a autoridade legislativa somente poderia restringi-la em circunstâncias excepcionais. Com base nessa premissa, pretendeu *Lochner* que a Suprema Corte decretasse a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque, que limitava sua liberdade de contratar.

O relator da decisão, Juiz Peckham, entendeu que a lei de Nova Iorque interferia na liberdade de contrato, entre patrões e empregados. Com base na 14^a. Emenda afirmou que o estado não poderia privar o individual da liberdade e da propriedade, sem o devido processo legal, o que o estado de Nova Iorque estaria fazendo, ao limitar as horas de trabalho na padaria. A questão apreciava dois valores: a liberdade de contratar e o poder de polícia dos estados. No mérito, afirmou que pão limpo e saudável não depende de quantas horas o padeiro trabalhe. Não havia, nesse sentido, poder de polícia que justificasse a lei limitativa de horas de trabalho. Declarou-se a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho nas

padarias (cf. GILLMAN, 1993 apud GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes).

Assim, no caso em questão, conservou-se a tendência de garantir a existência do princípio da liberdade contratual.

Ainda em 1898 no caso *Adair v. EUA* fulminou-se a Seção 10 da Lei de Erdman, de 1o. de junho de 1898. A aludida lei proibia os contratos yellow dog (exigência das estradas de ferro de que seus empregados não fossem sindicalizados) e vedava a discriminação de empregados filiados a sindicatos.

Um caso interessante foi o de *Moose Lodge No. 107 v. Irvis* (1972), pois tratava-se de um caso em que um indivíduo negro, foi discriminado e conseqüentemente não foi atendido por funcionários de um restaurante pem razão da cor da sua pele.

No que tange à state action, cabe lembrar o caso *Moose Lodge No. 107 v. Irvis* (1972). Trata-se de um caso que teve início quando Irvis, um cidadão negro, foi discriminado e não foi atendido por funcionários de um restaurante por causa de sua cor, uma vez que o restaurante pertencia a um clube exclusivo para homens brancos caucasianos. Inconformado com a recusa do restaurante em lhe servir, Irvis ajuizou uma pretensão em que alegou que o alvará de funcionamento dado pelo estado da Pensilvânia a um restaurante exclusivo para brancos tornava a discriminação do restaurante uma ação patrocinada pelo Estado, ou seja, uma ação estatal "State Action". Além disso, ele sustentou que houve violação ao direito de igualdade previsto na "Equal Protection Clause" [14] esculpida na Emenda 14 da Constituição norte-americana [15].

Ao decidir o mérito do caso *Moose Lodge No. 107 v. Irvis* (1972), a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a recusa do

restaurante em servir comida e bebidas a Irvis, por causa de sua cor, não violava a Emenda 14 da Constituição Federal. O Excelso Tribunal asseverou que a doutrina da "State Action" não se aplicava as entidades privadas que recebessem apenas uma licença de funcionamento. Por fim, a Corte entendeu que o restaurante pertencia a uma empresa particular e se localizava em um prédio privado, não estando sujeito, portanto, a "Equal Protection Clause".

(CABRAL, Bruno. Os limites da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos Estados Unidos. <http://jus.com.br/artigos/18416/state-action-doctrine#ixzz37Toe3Lg6>).

No caso em questão, não houve a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que os Estados Unidos da América acreditavam que estes eram apenas aplicados quando envolvia um ente estatal, e por se tratar de uma empresa privada com um cidadão, a cláusula de proteção da igualdade não poderia ser aplicada.

“Também, no que concerne à doutrina da State Action, é preciso citar o caso Jackson v. Metropolitan Edison Co. (1974). Trata-se de um caso que teve início quando Jackson teve seu fornecimento de energia elétrica interrompido sumariamente por falta de pagamento pela Companhia Elétrica Metropolitan Edison. Posteriormente, ele questionou perante a Suprema Corte dos Estados Unidos se a interrupção do fornecimento de energia elétrica não seria classificada como uma ação de Estado (State Action), de acordo com a Emenda 14 da Constituição Federal. No mérito, a Suprema Corte firmou o posicionamento de que a interrupção do serviço de energia elétrica não poderia ser considerada uma ação estatal (State Action). O Excelso Tribunal afirmou, ainda, que as ações privadas eram imunes em relação às restrições da Emenda 14, entre elas, o devido processo legal. Além disso, apontou-se que o fato da empresa de energia elétrica ser regulada pela Comissão de Utilidade Pública da Pensilvânia não transformava a empresa em parte do Estado.”
(CABRAL, Bruno. Os limites da eficácia horizontal dos direitos

fundamentais nos Estados Unidos.
<http://jus.com.br/artigos/18416/state-action-doctrine#ixzz37Toe3Lg6>).

Deste modo, neste caso, conservou-se a inerência do Estado nas relações privadas, alegando não se tratar de caso de ação estatal.

2.3.3. Casos no Brasil

No Brasil também possuímos casos da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tanto o STF quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, como ocorreu no RE 160.222-8, no qual o Tribunal entendeu que a revista íntima em mulheres em fábrica de lingerie constitui constrangimento ilegal. Conforme a ementa a seguir:

I – Recurso Extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público (STF, Súms. 210 e 448).

II – Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário à revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado à intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho, questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância, e jamais interrompida desde então.

Neste caso, apesar de não estar aprofundado, verifica-se que a primeira

instância reconheceu o constrangimento ilegal, por parte do representante da empresa, enquanto que o Tribunal de Justiça entendeu que, por terem "aderido" ao contrato de trabalho, estariam as trabalhadoras anuindo com a violação de sua intimidade por parte da empregadora. Trata-se, pois, de reconhecer a primazia da autonomia negocial, em detrimento dos direitos fundamentais das trabalhadoras. (VASCONCELLOS, 2012)

No Recurso Extraordinário (RE) nº 201819/RJ, relatoria pelo Min. Gilmar Mendes, pela Segunda Turma, verifica-se que nas relações jurídicas existidas entre partes privadas, restou determinada a posição do STF no sentido da necessidade da observância das normas e princípios fundamentais, sobretudo aqueles de caráter procedimental, como a ampla defesa e o contraditório, especialmente nas ocorrências em que o ente particular tem o poder de interferência na vida profissional do associado.

Conforme a ementa do RE 201819/RJ com o seguinte teor:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA E COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. **EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.** RECURSO DESPROVIDO. I. **EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.** II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. ^[49]

Desta forma, entende-se que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente

nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Portanto, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Sobre a relação que os princípios constitucionais possuem como limites à autonomia privada das associações podem considerar o RE 201819/RJ:

(...) a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Ademais, quanto a exclusão de sócio de empresa não estatal mencionada no caso acima, sem as garantias de seus direitos fundamentais acaba restringir a liberdade de exercício profissional do sócio, o que infringe a Constituição Federal, devendo ser aplicado os direitos fundamentais de forma horizontal para a proteção do povo.

As associações privadas que exercem função predominante em

determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). (RE 201819/RJ).

3. ESTUDO DE CASO: AIR FRANCE - RE 161.243-6/DF

Como informado anteriormente, o presente trabalho busca analisar a problemática da ponderação dos princípios de direitos humanos e se o princípio da igualdade se sobrepõe sempre aos outros.

Para conseguirmos realizar essa análise serão utilizados alguns autores que já se pronunciaram sobre o tema de princípios e seus efeitos, fazendo uma comparação do pensamento deles, da jurisprudência e do caso efetivamente estudado neste trabalho, o caso da Air France.

É necessário traçar uma evolução dos princípios e trazer um breve conceito dos mais comumente usados ao lado do princípio da igualdade.

Nesse ponto, o ilustre professor João Trindade (2010, p.8, 9) nos traz uma breve introdução da história dos princípios.

Antigamente se pensava que os direitos fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Trata-se da chamada “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder “superior” (o Estado) e um “inferior” (o cidadão).

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (horizontal wirkung), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (drittwirkung).

Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal).

Como mencionado no capítulo anterior, à origem da eficácia horizontal veio com o emblemático caso Luth, o qual foi reconhecido que os direitos fundamentais não possuem apenas a função de constituírem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas, também, consistem em decisões valorativas de natureza objetiva da Constituição, produzindo eficácia em relação a todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Reconheceu-se, portanto, que os direitos fundamentais se apresentam como um conjunto de valores objetivos básicos, direcionando os fins da ação dos poderes públicos, e não apenas garantias dos interesses individuais, assim pondera o autor Armando Cruz Vasconcellos (2012). Olhando assim, podemos concluir que as normas que definem os direitos subjetivos fundamentais possuem uma função autônoma.

É na teoria da eficácia direta e imediata que o STF embasou a decisão no caso em estudado, o Air France. Já que foi o caso de uma empresa privada que tratava com desigualdade de tratamento os trabalhadores franceses e brasileiros, impondo a obrigatoriedade do respeito à ampla defesa para a exclusão de associado em associação privada.

A jurisprudência brasileira é farta no sentido dessa teoria da eficácia direta e imediata, e para isso traremos a exemplo uma ementa para poder fazer as devidas comparações com o caso Air France.

No Recurso Extraordinário n. 201819/RJ explanado no capítulo anterior, de

relatoria do Ministro Gilmar Mendes, pela Segunda Turma, encontrando-se a ementa com o seguinte teor:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO
BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM
GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO
CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO
DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES PRIVADAS. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. III.
SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE
INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL.
ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM
GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO
CONTRADITÓRIO. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO
DESPROVIDO.

Assim prova-se que a não garantia dos direitos fundamentais que conseqüentemente restringe os princípios inerentes a todos, infringe a Constituição Federal, devendo ser aplicado os direitos fundamentais de forma horizontal como uma forma de protecionismo para com a população de um Estado livre.

No caso da Air France o Ministro Carlos Velloso considerou que os iguais – empregados brasileiros e franceses laborando no Brasil – foram tratados de forma desigual, e deu provimento ao recurso a fim de determinar a aplicação do estatuto pessoal da empresa ao recorrente.

No mesmo sentido, o Ministro Maurício Corrêa evidenciou, de maneira breve, que a diferenciação praticada pela Air France não era compatível com nosso texto constitucional, sobretudo porque este prioriza a igualdade de tratamento,

concordando com o Ministro Relator Carlos Velloso.

Averigua-se, pois, que apesar dos ministros não haverem formado considerações acerca do conflito de direitos fundamentais, percebe-se um embate entre o direito da empregadora de livremente estabelecer a quais empregados deveria ser aplicado o Estatuto Pessoal da empresa e o direito dos empregados brasileiros serem tratados com isonomia em relação aos empregados franceses que laboram no país.

Na decisão, o STF decidiu preliminarmente em conhecer o recurso para examinar desde logo essa questão constitucional, relativa à ofensa ao princípio da isonomia. Foi vencido em parte o Ministro Carlos Velloso que conhecia o RE, mas que determinava que os autos retornassem ao TST para o julgamento da questão de mérito sobre a ofensa ao princípio da isonomia.

Já sobre o mérito da questão, a Turma conheceu e deu provimento ao Recurso Extraordinário, para determinar a aplicação do estatuto da empresa ao recorrente, porquanto o critério de discriminação estabelecido pela empresa não era adequado, já que o fator de desigualdade foi somente o fator da nacionalidade, ferindo o caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Ainda sobre o assunto, o Ministro Carlos Velloso parte de considerações teóricas para justificar a vinculação do princípio da isonomia no caso:

“a prática da igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como ensinava Aristóteles”. E complementa, conforme seu entendimento de igualdade: “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita.

“Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo”, ou, noutras palavras, “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houve adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada” (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 47/50).

Dando continuidade aos votos, o Ministro Maurício Corrêa explanada de maneira mais abrangente sobre o mesmo tema.

“Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é de igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala [a empresa francesa, no caso] há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro”.

De modo claro, específico e adequado, a autora Paula Gorzoni reflete em poucas palavras que o um dos Recursos Extraordinários mais comentados da história do Brasil, por se tratar da eficácia horizontal dos princípios fundamentais, foi relatado quase que de forma indireta, uma vez que o caso em pauta foi tratado de forma implícita e sem muitos pareceres.

“Esse caso demonstra claramente a forma como o STF decidiu

conflitos envolvendo direitos fundamentais entre particulares por algum tempo: sem maiores cuidados, de forma implícita, com argumentação um tanto superficial, no sentido que esses casos são resolvidos segundo a dicotomia “aplica-se preceito constitucional” ou “não se aplica”, ignorando a possibilidade de já existir mediação legislativa para a resolução do problema posto. Desse fato, retira-se a tendência de aplicação direta dos direitos fundamentais pelo tribunal, ainda que subentendida. Com a decisão do RE 201.819/RJ, o caso da UBC, essa tendência pode estar sendo alterada, pois parece ter ocorrido uma mudança da atuação do STF, que resolveu analisar o conflito de direitos fundamentais entre particulares de forma expressa.” (GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha, 2007. http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/99_Paula%20Gorzoni.pdf).

Assim, Paula Gorzoni cita *Christian Starck*:

“A questão da eficácia dos direitos fundamentais não pode ser respondida com o caráter geral nem em um sentido nem em outro em relação a todos os direitos fundamentais reconhecidos na Lei Fundamental a partir de uma determinada interpretação histórica; antes bem deve se partir do conteúdo específico, da essência e da função do direito fundamental concreto, mais exatamente das proposições jurídicas particulares derivadas do direito fundamental em nossa comunidade atual. Esta visão do problema possibilita, mesmo com toda a sua insegurança dogmática, alcançar uma solução razoável em cada caso concreto”. (Christian Starck, “Derechos fundamentales y derecho privado”, p.68. apud. (GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha, 2007). http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/99_Paula%20Gorzoni.pdf

No caso supracitado, relevou a parte autora o devido processo legal como garantia de resguarda de seus direitos humanos, que ao longo da história da humanidade foi consolidando-se. Nesse sentido, o devido processo legal assegura

aos cidadãos o correto rito judicial, mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, estabelecidos previamente em lei e baseado nos direitos e garantias fundamentais.

A tese autora passa por uma relação próxima ao que leciona o doutrinador Paulo Bonavides, afirmando o professor que “as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios de poder do Estado ou se converteram historicamente no símbolo mais positivo e prestigioso de caracterização jurídica do Estado liberal”. No mesmo sentido, a parte requerente invoca o devido processo legal com base tanto no âmbito material de proteção aos direitos fundamentais, quanto no âmbito formal, no intuito de assegurar paridade total de condições com o Estado e capacidade de defesa.

Fundado na violação constitucional do art. 102, III, a, interpôs o autor o RE sustentando em seu recurso a violação do sistema jurídico por parte do Tribunal Regional do Trabalho, por ter em sua decisão privilegiado determinado empregado em razão de sua nacionalidade, sem qualquer distinção objetiva, como produtividade, local de prestação de serviços, entre outras, fundamentando assim uma ofensa ao princípio constitucional da isonomia, consagrado pelo art. 153, caput, e §1º da CF de 67/69, não se tendo em momento algum investido contra o campo regulamentar ou fático-probatório. Alegou também ofensa aos princípios da completa entrega de prestação jurisdicional devida pelo Estado e da ampla defesa em razão do trancamento do recurso principal, inscritos no art. 5º, incisos XXXV e LV, da Carta Magna.

Em análise ao presente caso, observou o Supremo Tribunal Federal que a questão ora apresentada era unicamente jurídica, questionando o princípio isonômico em razão de um empregado de uma empresa francesa, em território brasileiro, não receber os privilégios do Estatuto Pessoal da Empresa apenas pela

razão de o empregado não ser francês, excluindo da pauta qualquer

necessidade de aspectos probatórios.

Concordaram os ministros que o exame do estatuto deveria ser feito com atenção aos preceitos constitucionais e que, devido ao princípio da isonomia, haveria, no recurso, pré-questionamento de questão constitucional.

O ministro relator do processo, Carlos Velloso, justificou a violação ao princípio da isonomia com as seguintes: “a prática da igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como ensinava Aristóteles. (...)” “(...) a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.”. Reconhece-se então que a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em observância a traços e circunstâncias peculiares de uma categoria de indivíduos se não houve adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Diante da evidente violação ao princípio da isonomia, caracteriza-se o critério de discriminação pela nacionalidade como ilegítima, sob o ponto de vista constitucional, haja vista que brasileiros e franceses exerciam as mesmas tarefas, fazendo jus ao argumento exposto na decisão de que “iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república”.

O ministro Maurício Corrêa foi mais generalizante em seu voto: “Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é de igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala [a empresa francesa, no caso] há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro”.

Todos os ministros estiveram de acordo no que tocou no mérito da questão, reconhecendo que o critério de discriminação apresentado pela empresa não era adequado, pois assim como alegado pela parte autora, fere o princípio da Isonomia disposto na Constituição.

Visto esta decisão, preponderou o direito à igualdade, sendo aplicado de forma direta na relação de trabalho, irradiando efeitos no âmbito privado diretamente do preceito constitucional, independente de mediação legislativa.

CONCLUSÃO

Os Direitos Fundamentais do Homem referem-se a princípios que compreendem a visão do mundo, no nível de direito positivo, com prerrogativas que ele consolida em garantias de uma convivência digna, livre, e igual de todas as pessoas. Fundamentais, porque exprime situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza e às vezes nem sobrevive. (FARIAS, 1996, p. 59).

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, mostrando, no inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Desta forma, o Princípio da Igualdade, que trata o artigo 5º, produz efeitos sobre todas as pessoas do país.

Como a Constituição Federal é a nossa norma fundamental e suprema, todas as leis e atos infra-legais lhe devem subordinação. Assim, isso significa dizer que mesmo uma pessoa sendo de direito privado, a empresa não pode fazer o que quiser no seu âmbito interno, devendo, inclusive, respeitar e fazer valer os Direitos Fundamentais, naquilo que lhe couber.

O Recurso Extraordinário nº 161243/DF trata exatamente sobre a ofensa ao princípio da igualdade, previsto na CF 1967, art. 153, §1º e na CF 1988, art. 5º, caput.

No caso, o recorrente Joseph Halfin, empregado da Air France por 34 anos, insurgia-se contra a decisão do Tribunal Superior do Trabalho que permitia à ex-empregadora do recorrente, a empresa Air France, a não aplicar o Estatuto Pessoal da empresa à relação de trabalho de Halfin, unicamente pelo fato do recorrente ser brasileiro, e não francês.

Verifica-se ao decorrer do acórdão que a despeito dos ministros não haverem estabelecido considerações acerca do conflito de direitos fundamentais, percebe-se uma colisão entre o direito da empregadora de livremente estabelecer aos quais empregados deveriam ser aplicado o Estatuto Pessoal da empresa e o direito dos empregados brasileiros serem tratados com isonomia em relação aos empregados franceses que laboram no país.

Cabe destacar que a Constituição vigente alçou os direitos sociais à condição de direitos fundamentais, com grande destaque para os direitos dos trabalhadores, previstos nos artigos 7º a 11º do texto constitucional. Ademais, a despeito de algumas posições isoladas acerca da não incidência da cláusula de intangibilidade do núcleo essencial prevista no art. 60, § 4º da Constituição, a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal confere grande grau de proteção e efetivação aos direitos sociais.

O artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988 é considerado uma cláusula pétrea, significando que não poder ser abolido à forma federativa do país, o voto direto, secreto, periódico e universal, a separação dos poderes, e os direitos e garantias individuais. No entanto, existe um ramo do direito que diz que apesar de não ser possível retirar da CF, a cláusula pode ser modificada, uma vez que quanto aos direitos e garantias individuais o judiciário tende a prevalecer um princípio acima do outro dependendo do caso concreto para gerar uma igualdade perante a sociedade.

Assim, o ponto mais relevante do caso Air France é que brasileiros e franceses, empregados da empresa francesa Air France sujeita às leis brasileiras, não exerciam tarefas diferentes, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação a outros. O fator que tirava a igualdade entre os empregados foi apenas o fator da nacionalidade.

Na Constituição Federal de 1988, o artigo 7º, inciso XXX veda qualquer discriminação decorrente de sexo, idade, cor ou estado civil, inclusive de

nacionalidade. Desta maneira, nosso sistema constitucional é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador. No que concerne ao estrangeiro, quando a Constituição Federal quis limitar-lhe o acesso a algum direito, ela expressamente estipulou essa restrição. Apesar disso, nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Portanto, a Constituição estabeleceu de forma expressa e excepcional as diferenciações permitidas entre brasileiros natos, naturalizados e entre estrangeiros, razão pela qual os particulares não poderiam dar sentido mais com base na nacionalidade deste.

Desta forma, é considerado que a eficácia horizontal é algo positivo para a sociedade na medida que ao estender a aplicabilidade dos direitos fundamentais para as relações privadas traz uma proteção aos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Paglione. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.**

Disponível

em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648&revista_caderno=9 Acesso em: 12 de julho de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais.**

Disponível

em:

<

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joa_o_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf>

CORDEIRO, Juliana Vignoli, CAIXETA, Sebastião Vieira (coord.). **O Processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. São Paulo, LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Breves apontamentos relacionados à eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11762&revista_caderno=9> Acesso em: 25 de maio de 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia**. São Paulo: Ed. Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALIZA, Andréa Karla Amaral. **Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares – Teoria E Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal**. Fórum, 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. MORAES, Guilherme Braga Pena de. **Dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 1997.

GOMES, Luís Flávio. **As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais**. Disponível em:

<http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/dimensoes_subjetiva_objetiva> Acesso em: 21 de maio de 2014.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**, 1995 apud SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006, p.199.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MATHIAS, Márcio José Barcellos . **Distinção conceitual entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais** (2006). Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2791/Distincao-conceitual-entre-Direitos-Humanos-Direitos-Fundamentais-e-Direitos-Sociais> Acesso em 05 de julho de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, João. **Eficácia Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://professorjoamendes.com.br/blog/?p=262>> Acesso em: 02 de junho de 2014.

MONTENEGRO, Tayse. **A Colisão dos Direitos Fundamentais – ênfase na visão de Robert Alexy**. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/a-colisao-dos-direitos-fundamentais-enfase-na-visao-de-robert-alexey/1557/>>

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RABELO NETO, Luiz Octavio. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como fundamento para vinculação dos particulares.**

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20376/a-dimensao-objetiva-dos-direitos-fundamentais-como-fundamento-para-vinculacao-dos-particulares>> Acesso em: 12 de julho de 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Leonardo Rodrigues dos. **A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13149/a-perspectiva-objetiva-dos-direitos-fundamentais>> Acesso em: 12 de julho de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUSA, Panmela Alves Machado De. **A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares;** Disponível em: <http://ensaiojuridico.unipam.edu.br/documents/45366/46807/a_aplicacao_dos_direitos_fundamentais_nas_relacoes_.pdf> Acesso em: 21 de maio de 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **"A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos"**, in TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, J.C. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2013.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/efic%C3%A1cia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-privadas-de-Subordina%C3%A7%C3%A3o-0>> Acesso em: 19 de junho de 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. **Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914>. Acesso em 03 de julho de 2014.